

MANO DE OBRA LOCAL – Contratación – Ley 2294 de 2023 – Art. 8 – Alcance

Como se desprende del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023, la norma aplica a los “[...] las inversiones y programas proyectados a ejecutarse en las regiones [...]”. Al margen de que estas se ejecuten a través de negocios jurídicos suscritos con terceros, surge la obligación de “[...] contratar como mínimo el 50% de mano de obra local [...]”. Con ello se pretende que los beneficiarios de las inversiones y programas participen en su ejecución, lo que cumple un propósito de inserción social en doble vía.

Dicho deber está condicionada a que “[...] exista la mano de obra con las capacidades que requiere la ejecución de las inversiones y programas”. Como no surge automáticamente, queda sujeto al análisis que hagan las entidades de acuerdo con las necesidades de ejecución, aspecto que se sugiere motivar en los documentos del proceso. Si no existen las capacidades requeridas, la norma exime su inaplicación bajo el criterio de que “nadie está obligado a lo imposible”.

En los términos descritos, esta norma hace parte del régimen sustancial de cumplimiento de las obligaciones, por lo que su aplicación concurre, por ejemplo, con el factor de industria nacional de la Ley 816 de 2013 y/o los factores sociales del Decreto 142 de 2023. Por tanto, estos u otros criterios diferenciales no eximen la contratación de mano de obra local siempre que den las condiciones para ello.

VIGENCIA DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO – Ley 153 de 1887 – Artículo 38

De acuerdo con el inciso primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el deber de contratar mínimo el 50% de mano de obra local en todos los programas de inversión que se ejecuten en las regiones afecta los contratos estatales suscritos después de la entrada en vigencia del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023. Salvo lo dispuesto en los párrafos primero y segundo, el inciso primero del artículo 372 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 dispone que “La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”. Teniendo en cuenta que –de acuerdo con el Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia– la Ley 2294 se publicó en el Diario Oficial 52400 del 19 de mayo de 2023, los contratos suscritos con anterioridad no están obligados a aplicar dicho mandato. En contraste, siempre que se den los requisitos para ello, los firmados durante esta fecha y los días siguientes a su vigencia deben adoptar los mecanismos necesarios para el cumplimiento de la norma en la respectiva minuta.

APLICACIÓN DIRECTA – Desarrollo reglamentario – Discrecionalidad

Conforme a la tesis de la *aplicación directa*, la intervención del reglamento es accesorio, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite. De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, cuando la norma ha guardado silencio sobre la necesidad de algún desarrollo posterior, “[...] el titular de la potestad reglamentaria goza de discrecionalidad respecto a ejercerla o no. Evidentemente, esta discrecionalidad está sometida a los límites que se derivan de nuestro ordenamiento, pero parece muy difícil que un ciudadano o grupo de ciudadanos puedan alegar un ‘derecho’ a que el titular de la potestad la ejercite [...]”. En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Así, a diferencia de los artículos 100 y 101 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 no se refiere de forma explícita a la expedición de un reglamento. Por tanto, de acuerdo con lo determinado por el Congreso de la República, el desarrollo normativo posterior no es una condición necesaria para la contratación de mano de obra local, por lo que la obligación surge automáticamente con la vigencia de la norma analizada. En este caso, la falta de reglamentación no genera una *laguna técnica* en las condiciones explicadas *ut supra*, ya que –sin perjuicio del ejercicio discrecional de la competencia prevista en el art. 189.11 superior– es posible la aplicación directa de dicho mandato.

DOCUMENTOS TIPO – Proceso contractual – Normativa vigente – Deber de aplicación – Minuta de contrato

Conforme a lo explicado en el acápite 2.1 del presente oficio, la obligación de contratar mano de obra local tiene carácter sustancial, por lo no que afecta el procedimiento de selección. En otras palabras, para efectos del principio de inalterabilidad, dicho deber no influye en los requisitos habilitantes, los factores de evaluación o en los trámites estandarizados para las modalidades de selección que se priorizaron en materia de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, gestión catastral, infraestructura social o convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal.

Considerando que “El uso de los Documentos Tipo no exime a la entidad estatal de la obligación que le asiste de aplicar la normativa [...] al proceso de contratación [...]”, la Agencia estima que no es necesario expedir una resolución modificatoria para incorporar el mandato establecido en la Ley de Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026. Esto teniendo en cuenta que el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 regula condiciones de ejecución del negocio jurídico, el cual puede desarrollarse en la respectiva minuta del contrato, pues permite incluir condiciones adicionales que no sean contrarias al contenido mínimo del documento y que obedezcan a las necesidades de la entidad contratante.

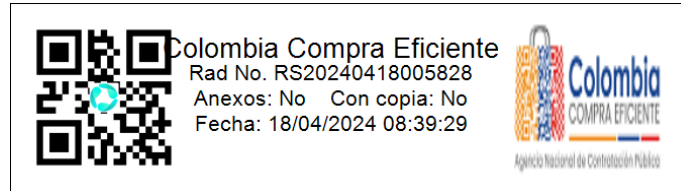


FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

Bogotá D.C., 18 de Abril de 2024



Señora

María Camila Ruiz Galvis

Bogotá D.C.

Concepto C – 068 de 2024

Temas: MANO DE OBRA LOCAL – Contratación – Ley 2294 de 2023 – Art. 8 – Alcance / VIGENCIA DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO – Ley 153 de 1887 – Artículo 38 / APLICACIÓN DIRECTA – Desarrollo reglamentario – Discrecionalidad / DOCUMENTOS TIPO – Proceso contractual – Normativa vigente – Deber de aplicación – Minuta de contrato

Radicación: Respuesta a la consulta P20240201000984

Respetada señora Ruiz Galvis:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 1º de febrero de 2024.

1. Problema planteado

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023, usted realiza las siguientes preguntas: i) “¿Cómo se ve reflejada esta modificación en los contratos públicos?”, ii) “¿Cómo se pretende reglamentar este artículo para la contratación pública?”, iii) “¿En qué sentido se incluiría en los documentos tipo para incluir este precepto normativo?”, iv) “Existe la necesidad de la modificación de los Pliegos Tipo en virtud de la aplicación del artículo 80?”, v) “¿Cuáles son los



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

lineamientos expresados por la Agencia Nacional de Compra pública para garantizar la aplicabilidad de dicha modificación legal?”.

2. Consideraciones

Teniendo en cuenta la novedad de tema objeto de consulta, para resolver las preguntas planteadas se abordarán los siguientes aspectos: i) alcance de la obligación de contratar mano de obra local, ii) aplicación directa del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 y iii) obligación de contratar mano de obra local como mandato de aplicación directa en los documentos tipo adoptados por la Agencia.

2.1. Contratación de mano de obra local: alcance de la obligación prevista en el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026

Uno de los ejes centrales del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2024, “Colombia Potencia Mundial de la Vida” es el fortalecimiento de la *economía popular*. En un esfuerzo por democratizar la economía, constituye una apuesta del Gobierno Nacional para acercar ciertos sectores sociales a la actividad productiva. Se trata de un mecanismo de inclusión que pretende mejorar la situación de las personas y brindarle oportunidades para que participen en la sociedad, el cual se estructura a través de una serie de medidas afirmativas. En los términos del artículo 13 constitucional, hacen parte del deber del Estado de actuar en favor de grupos marginados para promover unas condiciones de igualdad real y efectiva. De acuerdo con las Bases del Plan Nacional de Desarrollo:

“La economía popular se refiere a los oficios y ocupaciones mercantiles (producción, distribución y comercialización de bienes y servicios) y no mercantiles (domésticas o comunitarias) desarrolladas por unidades económicas de baja escala (personales, familiares, micronegocios o microempresas), en cualquier sector económico. Los actores de la EP pueden realizar sus actividades de manera individual, en unidades económicas, u organizados de manera asociativa. El impulso a la economía popular parte de una comprensión de sus dinámicas intrínsecas. Estas actividades producen valor social y económico significativo, y una vez entendido su funcionamiento y lógica de acción, se implementarán mecanismos que contribuyan a su crecimiento y productividad”¹.

¹ Consultado el 3 de abril de 2024 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/PND-2023/2023-03-17-bases-plan-nacional-desarrollo-web.pdf>.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

El Estado ha adoptado medidas para la inclusión de dichos sujetos en la contratación estatal. Ejemplo de ello son los artículos 100 y 101 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2024, los cuales –previa reglamentación, como explica más adelante– posibilitan que puedan celebrar directamente contratos hasta por la mínima cuantía para la adquisición de ciertos bienes y servicios y/o que desarrollen proyectos de infraestructura vial, educativa, medio ambiente, agrícola, pesca y pecuaria y de servicios públicos. Asimismo, el Gobierno Nacional ha estandarizado a través de documentos tipo la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal, y –de acuerdo con el artículo 35, parágrafo primero, del Decreto Ley 1961 de 2023– ha facultado al Instituto Nacional de Vías Regionales para contratar directamente el desarrollo de proyectos e infraestructura vial.

A este andamiaje jurídico se suma el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023, el cual dispone que “Todas las inversiones y programas proyectados a ejecutarse en las regiones deberán contratar como mínimo el 50% de mano de obra local, siempre y cuando exista la mano de obra con las capacidades que requiere la ejecución de las inversiones y programas”. Aunque la norma citada no hace referencia explícita a la “economía popular”, ella se enmarca en la política de “territorios más humanos”, especialmente, en lo relacionado con la “Participación de la comunidad y saberes populares en la política integral del hábitat”.

Conforme a las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, “[...] Se fortalecerán las organizaciones comunitarias, a través de la asistencia técnica, operativa y financiera, promoviendo procesos de participación en todas las fases de la construcción y/o mejoramiento del hábitat, y fomentando el uso de mano de obra local, articulándola con el sector educativo y de formación para el trabajo. El proceso debe ayudar a la construcción de tejido social para la sana convivencia”² (Énfasis fuera de texto). Armonizando esta idea con el párrafo anterior, es claro que también se trata de una medida de inclusión social tendiente a la democratizar la economía.

Como se depende de la literalidad de la disposición en comento, la norma aplica a los “[...] las inversiones y programas proyectados a ejecutarse en las regiones [...]”. Al margen de que estas se ejecuten a través de negocios jurídicos suscritos con terceros, surge la obligación de “[...] contratar como mínimo el 50% de mano de obra local [...]”. Con ello se pretende que los beneficiarios de las

² Ibidem.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

inversiones y programas participen en su ejecución, lo que cumple un propósito de inserción social en doble vía.

Dicho deber está condicionado a que “[...] exista la mano de obra con las capacidades que requiere la ejecución de las inversiones y programas”. Como no surge automáticamente, queda sujeto al análisis que hagan las entidades de acuerdo con las necesidades de ejecución, aspecto que se sugiere motivar en los documentos del proceso. Si no existen las capacidades requeridas, la norma exime su inaplicación bajo el criterio de que “nadie está obligado a lo imposible”.

En los términos descritos, esta norma hace parte del régimen sustancial de cumplimiento de las obligaciones, por lo que su aplicación concurre, por ejemplo, con el factor de industria nacional de la Ley 816 de 2013 y/o los factores sociales del Decreto 142 de 2023. Por tanto, estos u otros criterios diferenciales no eximen la contratación de mano de obra local siempre que den las condiciones para ello.

En todo caso, la incorporación del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 al sistema de compras públicas conlleva un problema hermenéutico relativo a la aplicación de las normas en el tiempo. Al respecto, conviene recordar que los efectos de una ley se producen a partir de su vigencia, lo que quiere decir que, por regla general, en el ordenamiento jurídico opera la irretroactividad. Así se desprende de la Ley 153 de 1887, pues dispone que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y en el evento en que existan discrepancias entre las mismas debe aplicarse la ley posterior³. No obstante, si en vigencia de la anterior ley se consolidó una situación jurídica no deberá aplicarse la ley posterior, pues de acuerdo con la Constitución Política los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, a menos que se trate de leyes penales que beneficien al reo –principio de favorabilidad– o que comprometan el interés público o social⁴.

³ Ley 153 de 1887 “Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

⁴ Constitución Política de Colombia “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

[...]

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

[...]

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

El conflicto sobre la aplicación de una ley se presenta cuando en vigencia de la ley anterior nace un hecho allí previsto, sin que se consolide situación jurídica alguna, pero los efectos se producen bajo la vigencia de la ley posterior. De igual forma, cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley anterior pero la ley posterior contempla nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, es decir, en vigencia de la ley anterior solo se presentaron situaciones que generaron una simple expectativa⁵. Al respecto, es claro que el legislador no contempló excepciones frente a la aplicación irretroactiva del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023, y tampoco reguló su aplicación retrospectiva a las situaciones de hecho que tuvieran lugar antes de su vigencia. Así, los efectos de la norma citada se producen hacia el futuro.

En el ordenamiento jurídico, por principio, las leyes, y en general los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la formalidad dispuesta para conferirles publicidad, pues con ello se busca garantizar que se pueda predicar la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho; presunción que no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de las mismas, fácticamente al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas representaría un grave riesgo para sus derechos, y principalmente para su seguridad jurídica⁶.

una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: "La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona".

⁶ En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en vigencia de la Constitución Política de 1991 la publicación de la ley es coetánea a su promulgación, y que tal es un requisito tanto para la validez, como para la eficacia (oponibilidad) de las leyes, las cuales solo tienen vigencia si se han promulgado y publicado en el Diario Oficial (Sentencia C-932 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

Tal es la garantía que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política –aplicable también a las actuaciones administrativas, como dispone su primer inciso–, el cual establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Esto significando que nadie puede ser sancionado –no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo– sino al amparo de una disposición que se haya expedido *antes* de la realización de la conducta activa u omisiva sobre la cual se imputa el reproche. Esto es lo que se conoce en el derecho como la *irretroactividad* de las leyes.

Dicha norma constitucional guarda consonancia con los enunciados normativos anteriores a la Carta del 91, y que continúan en vigor, para regular el asunto concerniente a la vigencia de las leyes en el tiempo; especialmente, nos referimos a los artículos 17 al 49 de la Ley 153 de 1887. Pero, por su aplicación al caso concreto, que se analiza en este concepto, se resaltan los siguientes artículos de dicha Ley:

“Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

De dichos enunciados se pueden extraer las siguientes subreglas: i) en principio, las leyes promulgadas rigen hacia el futuro, es decir, no regulan situaciones del pasado; son, pues, irretroactivas; en consecuencia, nadie puede ser “juzgado” ni sancionado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa; ii) por lo tanto, las leyes que regulan los contratos son las vigentes al momento de su celebración; es decir que si cambian, el contrato se continúa rigiendo por las anteriores, a excepción de las leyes posteriores que regulen asuntos procesales o sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales por hechos ocurridos en vigencia de la nueva ley, las cuales sí aplican a los contratos previamente celebrados; iii) no obstante, en materia sancionatoria, rige el principio de favorabilidad, lo que significa que debe aplicarse la ley más beneficiosa a la persona. Esta subregla, a su vez, tiene dos hipótesis: 1) si la ley posterior es más favorable que la que estaba vigente cuando, supuestamente, se cometió la falta o delito, se debe aplicar la posterior al momento de sancionar; en otras palabras, se exige, en este caso, la aplicación retroactiva de la ley; y 2) si una persona se encuentra cumpliendo una sanción impuesta en vigencia de una ley y se expide posteriormente una que elimina el delito o falta, lo indulta o rebaja la sanción, también debe aplicarse retroactivamente la ley posterior⁷. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al indicar que en las actuaciones administrativas debe aplicarse el principio de favorabilidad. Fue esta la tesis que defendió en la Sentencia C-619 de 2001, que estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 67 de la Ley 610 de 2000⁸.

De las normas citadas también se desprende un trato diferencial sobre la vigencia temporal de las normas sustanciales y procesales. Aunque el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se refiera a los procesos judiciales, nada obsta para extenderlo a los procedimientos administrativos, pues –conforme al artículo 29 superior– los principios del debido proceso rigen en ambos escenarios. Esto se

⁷ Tales subreglas son coherentes con la forma como la doctrina del Derecho administrativo comparado ha entendido de tiempo atrás la vigencia de las leyes. Al respecto, basta leer las palabras de Marienhoff, cuando se pregunta “¿Y cuál es la vigencia de la ley con relación al tiempo?”, respondiendo a renglón seguido: “El principio general consiste en que las leyes rigen ‘ex nunc’, para el futuro y, además, sin término, vale decir, por tiempo indefinido. Excepcionalmente, las leyes pueden tener un lapso dado de duración. Con el mismo carácter ‘excepcional’, la ley puede regir para el pasado, es decir, puede tener efecto retroactivo, ‘ex tunc’; pero la intención del legislador de dar efecto retroactivo a una ley debe resultar de una declaración expresa o bien de otra forma inequívoca: la regla es la irretroactividad, principio que también rige para el derecho administrativo” (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I, Teoría General. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 228-229).

⁸ El apartado normativo establece: “En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente Ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley”.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

confirma, en el inciso primero del artículo 3.1 de la Ley 1437 de 2011, pues dispone que “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”.

Tratándose de los procedimientos contractuales, los trámites previstos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o en los manuales de contratación de las entidades exceptuadas detallan los aspectos para tener en cuenta en la selección de la mejor oferta, por lo que constituyen procedimientos administrativos especiales⁹. Sin embargo, el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 no influye en la verificación o evaluación de las propuestas ni modifica la estructura de los procedimientos de selección. Por el contrario, de su contenido se depende un deber para las partes, la cual –de forma similar a como sucede, por ejemplo, con las cargas tributarias o las cotizaciones al sistema general de seguridad social– hacen parte del régimen sustantivo aplicable al cumplimiento de las obligaciones. Por ello, como la obligación de contratar mano de obra local no es una norma procesal, esto descarta la aplicación del precitado artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Dado que el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 no hace parte de las excepciones previstas en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aplica la regla general del inciso primero. Para la doctrina, “[...] la ley de las convenciones no solamente se impone a las personas que han intervenido en su celebración y a los jueces, sino también al mismo legislador. Así, las convenciones no podrán ser ‘invalidadas’ o, más exactamente, privadas de su eficacia, sino por la voluntad unánime de las partes o por causas legales, entendidas estas últimas, según ya lo sabemos, como los motivos establecidos al tiempo de la celebración de los actos jurídicos, pero no como las modificaciones introducidas por una legislación posterior a tal momento [...]”¹⁰.

⁹ Cfr. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael Enrique. Los procedimientos selectivos en la contratación estatal bajo la óptica de los procedimientos administrativos. En: I congreso internacional de contratación estatal. Dimensión general del contrato estatal en Colombia y su impacto en la internalización de la compra pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 306 y ss.

¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo & OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Séptima edición. Bogotá: Temis, 2021. p. 311. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de agosto de 1974 explica lo siguiente: “Como quiera que las relaciones contractuales surgen derechos y obligaciones para las partes éstas deben quedar al abrigo del cambio de legislación, pues no parece justo y equitativo que celebrada una convención consultando la legislación existente, queden las partes expuestas en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones a una legislación posterior que acaso no



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

De acuerdo con lo anterior, el deber de contratar mínimo el 50% de mano de obra local en todos los programas de inversión que se ejecuten en las regiones afecta los contratos estatales suscritos después de la entrada en vigencia del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023. Salvo lo dispuesto en los párrafos primero y segundo, conforme al inciso primero del artículo 372 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, “La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”. Teniendo en cuenta que –de acuerdo con el Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia– la Ley 2294 se publicó en el Diario Oficial 52400 del 19 de mayo de 2023, los contratos suscritos con anterioridad no están obligados a aplicar dicho mandato. En contraste, siempre que se den los requisitos para ello, los firmados durante esta fecha y los días siguientes a su vigencia deben adoptar los mecanismos necesarios para el cumplimiento de la norma en la respectiva minuta. Como se explica en los siguientes acápite, ello no está condicionado ni a la expedición de un reglamento ni a la modificación de los documentos tipo.

2.2. Aplicación directa del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023

En las condiciones dispuestas por el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023, surge el deber de contratar mínimo el 50% de mano de obra local en todos los programas de inversión que se ejecuten en las regiones. En este contexto, es necesario preguntarse si dicha obligación surge automáticamente con la expedición del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 o, por el contrario, está sujeta a un desarrollo normativo posterior. La respuesta a esta inquietud depende de tomar partido por la *tesis de la aplicación directa* o por la *tesis de la reglamentación*.

Por un lado, quien opte por la *tesis de la aplicación directa* debe sostener que la intervención del reglamento es accesorio, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión –siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite. De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, cuando la norma ha guardado silencio sobre la necesidad

previnieron ni se imaginaron. Es esta razón para que desde el siglo pasado se hubiera sentado el principio legal de que los contratos se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

de algún desarrollo posterior, “[...] el titular de la potestad reglamentaria goza de discrecionalidad respecto a ejercerla o no. Evidentemente, esta discrecionalidad está sometida a los límites que se derivan de nuestro ordenamiento, pero parece muy difícil que un ciudadano o grupo de ciudadanos puedan alegar un ‘derecho’ a que el titular de la potestad la ejercite [...]”¹¹. En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Ahora bien, la relación entre estas dos (2) fuentes del derecho es totalmente diferente en la *tesis de la reglamentación*. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. Dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, este es el caso de las Asociaciones Público-Populares y de las Asociaciones de Iniciativa Público Popular.

Al respecto, el inciso primero del artículo 100 de la Ley 2294 de 2023 dispone que “Las Entidades Estatales podrán celebrar directamente contratos hasta por la mínima cuantía con personas naturales o entidades sin ánimo de lucro que hagan parte de la economía popular y comunitaria. Estos contratos se denominarán Asociaciones Público Populares y podrán celebrarse para la ejecución de obras, o la adquisición de bienes y servicios relacionados con infraestructura social, vivienda rural, vías terciarias y caminos vecinales, cultura, infraestructura productiva local, proyectos de eficiencia energética, producción de alimentos, suministro de bienes y servicios, gestión comunitaria del agua, saneamiento básico, economía del cuidado, fortalecimiento ambiental y comunitario y adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios”.

Por su parte, el inciso primero del artículo 101 *ibidem* señala lo siguiente: “Las Asociaciones de Iniciativa Público Popular, constituyen una modalidad de asociación que se registrará exclusivamente por lo previsto en el presente artículo y su reglamentación. Estas asociaciones son un instrumento contractual de vinculación entre entidades públicas y los diferentes instrumentos asociativos de origen

¹¹ PONCE SOLÉ, Juli. La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teoría sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones. En: Revista de Administración Pública (162), p. 111. Consultado el 2 de abril de 2024 en la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?co-digo=784925>.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

comunitario tales como las unidades de la economía popular, organismos de acción comunal, social o comunitaria u otras formas de organización social, grupos y/o comunidades étnicas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, mujeres y víctimas, para el desarrollo de proyectos de infraestructura vial, educativa, medio ambiente, agrícola, pesca y pecuaria y de servicios públicos".

Conforme al inciso segundo del artículo 100 y el inciso final del artículo 101, ambas disposiciones de la Ley 2294 de 2023 están sujetas a un desarrollo normativo posterior. Para estos efectos, si bien el Congreso de la República conserva la cláusula general de competencia normativa para la expedición de las leyes, sujeta su aplicación a una norma de menor jerarquía que regule aspectos de detalle, por lo que exige la expedición del decreto reglamentario correspondiente. De esta manera, la Ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 contiene un mandato de reglamentación que debe acatar el Gobierno Nacional¹².

Las normas citadas delegan en una fuente de inferior jerarquía la definición de los aspectos relevantes para efectividad de los mandatos contenidos en aquellas. En estos casos, la omisión reglamentaria genera una *laguna técnica*, la cual se produce "[...] cuando falta en [el ordenamiento] una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma. Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que [...] la concreten" (Corchetes fuera de texto)¹³.

Este tipo de lagunas no son ajenas a la contratación estatal, ya que el procedimiento para la cesión unilateral del contrato del artículo 9 de la Ley 2014

¹² No en vano, la Corte Constitucional explica que estos casos la potestad reglamentaria "[...] puede ejercerse por [el Gobierno Nacional] en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. *La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo*" (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corchetes y énfasis fuera de texto).

¹³ GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 145. El autor también propone los siguientes ejemplos de *lagunas técnicas*: "[...] una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano; pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc.". (*Ibidem*).



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

de 2019 también estaba condicionado por su reglamentación previa en los términos del parágrafo 2 *ibidem* antes de su declaratoria de inconstitucionalidad¹⁴. Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas, por regla general, producen efectos a partir de su promulgación o publicación. De allí se derivan principios tales como la irretroactividad de la ley y su efecto general inmediato¹⁵. Sin embargo, las leyes pueden modular sus efectos en el tiempo y establecer para el inicio de su entrada en vigor un plazo o una condición. Ejemplo de una norma que establece un plazo es la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, cuyo artículo 265 disponía “la presente ley entrará a regir cuatro meses después de su sanción y publicación”. El artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó este plazo hasta el 1 de julio de 2021.

Pero las leyes pueden establecer no un plazo sino una condición para modular sus efectos en el tiempo. La condición más usual es someter la vigencia a la expedición de un reglamento. En este sentido, el parágrafo transitorio del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 estableció “Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiera el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección”. La ley creó una modalidad de selección, la selección abreviada; pero esas normas no podían aplicarse hasta que no se cumpliera la condición: la expedición del reglamento. Al respecto, el Consejo de Estado considera que:

“[...] el Presidente de la República no requiere autorización por parte del Legislador para el ejercicio de su facultad reglamentaria, de manera que si éste establece en la ley que el mismo reglamentará la materia, dicha indicación debe entenderse simplemente como el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es necesaria la expedición de una reglamentación, bajo el concepto de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado (inciso 2 del artículo 113 C.P)”¹⁶.

¹⁴ El parágrafo 2 de la norma citada disponía que «El Gobierno nacional reglamentará el procedimiento de la cesión del contrato de que trata este artículo, en término no mayor a seis (6) meses». No obstante, conforme al comunicado de prensa del 25 de febrero de 2021, la norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Para estos efectos, «[...] la Corte consideró inexecutable la atribución de facultades reglamentarias para el propósito de señalar cómo y a quién se va a ceder el contrato, pues tales asuntos deben ser definidos directamente por la ley [...]». Por lo demás, «[...] Aclaró que la potestad reglamentaria opera solamente después de esta determinación legislativa» (Cfr. https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/02/CorteConstitucional_Inexecutableidadpar%C3%A1grafo2Art6L2014.pdf).

¹⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 1 de abril de 2009. Exp. 36476. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

La referencia hecha en una ley a que el gobierno nacional reglamentará la materia indica que el reglamento es indispensable para el cumplimiento de la misma. Este reconocimiento no siempre implica que la ley está sometida a condición para entrar en vigor; pero cuando ello se analiza con otros elementos que obran en este sentido, como los antecedentes legislativos, es posible utilizar la referencia al reglamento como una prueba de que la ley moduló sus efectos en el tiempo y se encuentra sometida a condición.

De esta manera, puede que el legislador determine la necesidad de ejercer la potestad reglamentaria, pero sin definir un momento puntual para ello. Asimismo, la ley también puede limitarla ordenando no solo que se expida la normatividad complementaria, sino también que se haga en un plazo previamente definido. Para efectos de la primera hipótesis, “[...] en los casos en que la Ley prevea que el titular de la potestad reglamentaria la habrá de ejercer necesariamente pero sin determinar cuándo, entonces la discrecionalidad se reduce a este factor (*certus an, incertus quando*) [...]”¹⁷. Por el contrario, en el segundo evento, “[...] se trata de supuestos en que la Ley señala que un reglamento ejecutivo ha de elaborarse y, además, impone un plazo determinado. En estos casos, no existe discrecionalidad en manos del titular de la potestad reglamentaria respecto al ejercicio o no de la misma y respecto al momento de hacerlo [...]”¹⁸.

Por tanto, si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando “[...] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria [...]”¹⁹. En este tipo de situaciones, “[...] las autoridades no tienen - ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación”²⁰.

¹⁷ PONCE SOLÉ, La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... Op. cit., p. 112.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203.

²⁰ *Ibidem*. Por lo demás, la doctrina también considera que “[...] el ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes no es enteramente discrecional o facultativo, sino que puede ser necesario y debido siempre que la actividad y aplicabilidad de la ley dependan del complemento reglamentario y cuando, con mayor razón, es la propia ley quien expresamente encarga dicho desarrollo normativo” (GÓMEZ PUENTE, Marcos. El silencio y la inactividad administrativa. En: Silencio administrativo: estudio general y procedimiento sectoriales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 52).



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

No obstante, a diferencia de los artículos 100 y 101 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 no se refiere de forma explícita a la expedición de un reglamento. Por tanto, de acuerdo con lo determinado por el Congreso de la República, el desarrollo normativo posterior no es una condición necesaria para la contratación de mano de obra local, por lo que la obligación surge automáticamente con la vigencia de la norma analizada. En este caso, la falta de reglamentación no genera una *laguna técnica* en las condiciones explicadas *ut supra*, ya que –sin perjuicio del ejercicio discrecional de la competencia prevista en el art. 189.11 superior– es posible la aplicación directa de dicho mandato.

2.3. Obligación de contratar mano de obra local como mandato de aplicación directa en los documentos tipo adoptados por la Agencia

Considerando que el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 no requiere desarrollo normativo posterior para su aplicación, corresponde analizar si en los procesos de contratación regidos por la Ley 2022 de 2020 –para entidades sometidas– y la Ley 2195 de 2022 –para entidades exceptuadas– es necesaria una modificación previa de los documentos tipo adoptados por Colombia Compra Eficiente. Conforme a lo explicado en el acápite 2.1 del presente oficio, la obligación de contratar mano de obra local tiene carácter sustancial, por lo no que afecta el procedimiento de selección. En otras palabras, para efectos del principio de inalterabilidad, dicho deber no influye en los requisitos habilitantes, los factores de evaluación o en los trámites estandarizados para las modalidades de selección que se priorizaron en materia de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, gestión catastral, infraestructura social o convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal.

Por ejemplo, para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, el artículo 3 de la Resolución No. 240 de 2020, dispone la inalterabilidad en los siguientes términos: “Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los documentos del proceso de selección las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación que han sido definidos y señalados en los Documentos Tipo”.

Sin embargo, no se trata de un mandato absoluto, pues la parte introductoria de los documentos tipo también dispone que los aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris –[texto de ejemplo]– deben ser diligenciados por la



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

entidad. Excepcionalmente le corresponde al proponente consignar la información incluida en corchetes y resaltada en gris, como, por ejemplo, los formatos que requieren de la firma del proponente o su representante legal. De todos modos, en cada acápite que esté resaltado en gris la entidad tendrá la libertad de determinar la información que se diligenciará en los documentos tipo, de acuerdo con su necesidad y las instrucciones del pliego.

Este principio de inalterabilidad se extiende a los formatos y anexos implementados junto con el "Documento Base", los cuales deben usarse para desarrollar el procedimiento de contratación y que los proponentes acrediten los diferentes requisitos establecidos para participar en él. Estos, al igual que el pliego de condiciones, contienen apartes entre corchetes y resaltados en gris, los cuales deben ser diligenciados por la entidad, al igual que otros aspectos relativos a información que debe ser completada por los oferentes al hacer uso del formato.

En los procedimientos con pluralidad de oferentes diferentes a la mínima cuantía, cada una de las resoluciones adoptadas contempló un Documento Base o pliego de condiciones, junto con los correspondientes anexos, formatos, matrices y formularios. Dentro del listado de los documentos tipo se encuentra el "Anexo 5 – Minuta del contrato". Este consta de una serie de cláusulas orientadas a servir de insumo para el contrato que finalmente será suscrito por las partes. Este anexo constituye una particularidad frente a los demás anexos de los documentos tipo, pues no está destinado a regular aspectos propios del proceso de selección sino de la relación contractual.

En razón de ello, dentro de las cláusulas que conforman este documento encontramos una serie de apartados grises entre corchetes –que se presentan con mayor frecuencia que en otros documentos tipo– destinados a que las entidades estatales, en el marco de la autonomía y discrecionalidad que les corresponde, dispongan en ellos información relativa a las necesidades que pretenden satisfacer, el objeto a contratar y en general información necesaria para regular las obligaciones de la relación contractual, partiendo de los aspectos básicos como el objeto, el plazo, la forma de pago, las obligaciones, etc., a partir de opciones, alternativas y sugerencias de cláusulas contractuales preestablecidas en el anexo 5. Al respecto, para los procesos licitación de obra pública de infraestructura de transporte, el "CAPÍTULO VIII MINUTA Y CONDICIONES DEL CONTRATO" del Documento Base dispone lo siguiente:



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

“Las condiciones de ejecución del contrato están previstas en el Anexo 5 – Minuta del contrato. Dentro de estas condiciones se incluye la forma de pago, anticipo y/o pago anticipado, obligaciones y derechos generales del contratista, obligaciones de la entidad, garantías, multas, cláusula penal y otras condiciones particulares aplicables al negocio jurídico a celebrar.

El Proponente adjudicatario debe presentar el Registro Único Tributario—RUT y demás documentos necesarios para la celebración del contrato al momento de firma.

[La entidad deberá incluir en el Anexo el contenido mínimo allí establecido. Podrá incluir cláusulas con condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el Anexo. En todo caso, las cláusulas adicionales deberán obedecer a las necesidades de ejecución del contrato ni deben contrariar las condiciones señaladas en los Documentos Tipo]”.

En concordancia, sin perjuicio de la mencionada discrecionalidad, el diligenciamiento de los apartados grises entre corchetes del Anexo 5 debe realizarse conforme a las indicaciones de los documentos tipo, las cuales están establecidas en el párrafo sombreado en gris y entre corchetes que encabeza dicho anexo. Este dispone lo siguiente:

“La Entidad debe incluir el contenido mínimo del presente Documento. Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo. En todo caso, las condiciones adicionales deberán obedecer a las necesidades de ejecución del contrato, definidas por la Entidad. En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula, esto se indicará de manera clara cuando a ello haya lugar. [...]”.

Estas indicaciones fueron precisadas por la Agencia en el Concepto C-289 del 26 de mayo de 2020. En este se explicó que la entidad estatal debe incluir como mínimo las cláusulas mencionadas en la minuta, y que la indicación de que se “Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo”, significa que además de los presupuestos mínimos que debe contener y las condiciones inmodificables de la minuta, “la entidad podrá adicionar otras diferentes respetando el contenido de los documentos tipo y sus estipulaciones, siempre que respondan a las necesidades propias de la ejecución del contrato”. Además, el concepto citado precisó el alcance la expresión “En



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula [...]", explicando que:

"[...] algunas cláusulas del "Anexo 5 – Minuta del contrato" tienen un mayor grado de modificabilidad o alterabilidad que permiten, a discrecionalidad de la entidad, estipular algunas condiciones, que de acuerdo a sus necesidades y a la estructuración del negocio, permitan el cumplimiento del objeto contractual. De esta forma, teniendo en cuenta la información incluida entre corchetes y sombreada en gris, en los casos que las cláusulas contengan opciones para la entidad, ésta definirá si acoge alguna de las dispuestas, las modifica o estipula algo totalmente diferente a las opciones presentadas, siempre que lo dispuesto no contravenga las estipulaciones inalterables e inmodificables del documento tipo".

El contenido de la minuta sirve de punto de partida para que las partes regulen su relación contractual. En ese orden, las diferentes cláusulas contienen una serie de apartados grises entre corchetes, dirigidos a que las entidades estatales puedan consignar en ellos la información relativa al objeto contractual, valiéndose de unas indicaciones establecidas en el encabezado que son indispensables para que las partes diligencien los campos destinados para ello en el cuerpo del documento. Así, las indicaciones en el encabezado del Anexo 5 y los espacios entre corchetes incluidos en el clausulado preestablecido en este, ofrecen a las entidades estatales un margen amplio para la configuración del contrato de acuerdo con las necesidades identificadas por cada entidad.

Considerando que "El uso de los Documentos Tipo no exime a la entidad estatal de la obligación que le asiste de aplicar la normativa [...] al proceso de contratación [...]", la Agencia estima que no es necesario expedir una resolución modificatoria para incorporar el mandato establecido en la Ley de Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026. Esto teniendo en cuenta que el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 regula condiciones de ejecución del negocio jurídico, el cual puede desarrollarse en la respectiva minuta del contrato, pues permite incluir condiciones adicionales que no sean contrarias al contenido mínimo del documento y que obedezcan a las necesidades de la entidad contratante.

3. Respuesta

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023:



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

i) "¿Cómo se ve reflejada esta modificación en los contratos públicos?".

De acuerdo con el inciso primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, el deber de contratar mínimo el 50% de mano de obra local en todos los programas de inversión que se ejecuten en las regiones afecta los contratos estatales suscritos después de la entrada en vigencia del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023. Salvo lo dispuesto en los párrafos primero y segundo, el inciso primero del artículo 372 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 dispone que "La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias". Teniendo en cuenta que –de acuerdo con el Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia– la Ley 2294 se publicó en el Diario Oficial 52400 del 19 de mayo de 2023, los contratos suscritos con anterioridad no están obligados a aplicar dicho mandato. En contraste, siempre que se den los requisitos para ello, los firmados durante esta fecha y los días siguientes a su vigencia deben adoptar los mecanismos necesarios para el cumplimiento de la norma en la respectiva minuta. Como se explica en la respuesta de las siguientes preguntas, ello no está condicionado ni a la expedición de un reglamento ni a la modificación de los documentos tipo.

ii) "¿Cómo se pretende reglamentar este artículo para la contratación pública?".

Conforme a la *tesis de la aplicación directa*, la intervención del reglamento es accesorio, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. En este contexto, cualquier espacio abierto de decisión – siempre que no esté sometido a reserva– habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades públicas, salvo que el reglamento eventualmente los limite. De esta manera, a menor precisión de la ley, mayor es el campo de acción del reglamento: en este el funcionario competente tiene libertad para expedir o no las normas correspondientes. Por ello, cuando la norma ha guardado silencio sobre la necesidad de algún desarrollo posterior, "[...] el titular de la potestad reglamentaria goza de discrecionalidad respecto a ejercerla o no. Evidentemente, esta discrecionalidad está sometida a los límites que se derivan de nuestro ordenamiento, pero parece muy difícil que un ciudadano o grupo de ciudadanos puedan alegar un 'derecho' a que el titular de la potestad la ejercite [...]". En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios.

Así, a diferencia de los artículos 100 y 101 del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 no se refiere de forma explícita a la expedición de un reglamento. Por tanto, de acuerdo con lo determinado por el Congreso de la República, el desarrollo normativo posterior no es una condición necesaria para la contratación de mano de obra local, por lo que la obligación surge automáticamente con la vigencia de la norma analizada. En este caso, la falta de reglamentación no genera una *laguna técnica* en las condiciones explicadas *ut supra*, ya que –sin perjuicio del ejercicio discrecional de la competencia prevista en el art. 189.11 superior– es posible la aplicación directa de dicho mandato.

iii) “¿En qué sentido se incluiría en los documentos tipo para incluir este precepto normativo?”.

iv) “Existe la necesidad de la modificación de los Pliegos Tipo en virtud de la aplicación del artículo 80?”.

Conforme a lo explicado en el acápite 2.1 del presente oficio, la obligación de contratar mano de obra local tiene carácter sustancial, por lo no que afecta el procedimiento de selección. En otras palabras, para efectos del principio de inalterabilidad, dicho deber no influye en los requisitos habilitantes, los factores de evaluación o en los trámites estandarizados para las modalidades de selección que se priorizaron en materia de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, gestión catastral, infraestructura social o convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal.

Considerando que “El uso de los Documentos Tipo no exime a la entidad estatal de la obligación que le asiste de aplicar la normativa [...] al proceso de contratación [...]”, la Agencia estima que no es necesario expedir una resolución modificatoria para incorporar el mandato establecido en la Ley de Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026. Esto teniendo en cuenta que el artículo 80 de la Ley 2294 de 2023 regula condiciones de ejecución del negocio jurídico, el cual puede desarrollarse en la respectiva minuta del contrato, pues permite incluir condiciones adicionales que no sean contrarias al contenido mínimo del documento y que obedezcan a las necesidades de la entidad contratante.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

VERSIÓN: 02

CÓDIGO: **CCE-REC-FM-17**

FECHA: 22 DE AGOSTO 2023

PÁGINA **21** DE **23**

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

v) “¿Cuáles son los lineamientos expresados por la Agencia Nacional de Compra pública para garantizar la aplicabilidad de dicha modificación legal?”.

Como se desprende del artículo 80 de la Ley 2294 de 2023, la norma aplica a los “[...] las inversiones y programas proyectados a ejecutarse en las regiones [...]”. Al margen de que estas se ejecuten a través de negocios jurídicos suscritos con terceros, surge la obligación de “[...] contratar como mínimo el 50% de mano de obra local [...]”. Con ello se pretende que los beneficiarios de las inversiones y programas participen en su ejecución, lo que cumple un propósito de inserción social en doble vía.

Dicho deber está condicionado a que “[...] exista la mano de obra con las capacidades que requiere la ejecución de las inversiones y programas”. Como no surge automáticamente, queda sujeto al análisis que hagan las entidades de acuerdo con las necesidades de ejecución, aspecto que se sugiere motivar en los documentos del proceso. Si no existen las capacidades requeridas, la norma exime su inaplicación bajo el criterio de que “nadie está obligado a lo imposible”.

En los términos descritos, esta norma hace parte del régimen sustancial de cumplimiento de las obligaciones, por lo que su aplicación concurre, por ejemplo, con el factor de industria nacional de la Ley 816 de 2013 y/o los factores sociales del Decreto 142 de 2023. Por tanto, estos u otros criterios diferenciales no eximen la contratación de mano de obra local siempre que den las condiciones para ello.

Dado que no está sujeta a reglamentación ni se requiere una modificación de los documentos tipo para incorporarla, los lineamientos de la Agencia se limitan a las consideraciones generales del presente oficio. Esto teniendo en cuenta la novedad introducida por el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 sobre el tema objeto de consulta.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 22 DE AGOSTO DE 2023

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO